

PIERO GUALTIERI
Università di Urbino

*ASPETTI PROBLEMATICI DELLA RECENTE RIFORMA
DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO*

La legge sull'ordinamento giudiziario, ancora non completamente abrogata, è stata approvata con il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, e dunque durante il regime fascista.

Essa si inseriva in un contesto profondamente autoritario e si rapportava con un processo penale, varato nel 1930, di impronta marcatamente inquisitoria, che teneva nella massima considerazione le esigenze di tutela e controllo sociale e trascurava i diritti individuali.

Caduto il regime fascista, il sistema ha subito significativi mutamenti.

Con l'entrata in vigore della costituzione si è attuato il principio della separazione dei poteri, prevedendo l'istituzione di un organo di autogoverno, il Consiglio superiore della magistratura, cui è stata attribuita la competenza esclusiva a decidere in materia di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati (art. 105 cost.): e la previsione di una composizione mista (due terzi dei membri eletti da tutti i magistrati ordinari e un terzo dal Parlamento in seduta comune: art. 104, comma 3, cost.) rappresenta una precisa scelta istituzionale, nel senso che il Consiglio non doveva assumere il ruolo di rappresentanza corporativa degli appartenenti all'ordine giudiziario e la presenza laica doveva assolvere alla funzione di garantire l'equilibrio tra i poteri dello Stato, preservando comunque la indipendenza dell'ordine giudiziario attraverso la maggioranza numerica assegnata ai magistrati.

Agli stessi magistrati sono state riconosciute le garanzie della inamovibilità e della distinzione tra di loro unicamente per diversità di funzioni (artt. 107, commi 1 e 3), secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, vale a dire con una riserva di legge ordinaria (artt. 105 e 107, comma 1, cost.).

Si è altresì affermata la soggezione soltanto alla legge dei giudici, e quindi l'eliminazione di ogni subordinazione gerarchica interna, mentre si è stabilito che il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 107,

comma 4) ed ha l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112), previsione, questa, considerata essenziale ai fini della sua autonomia.

È stata così assicurata a tutti i magistrati la piena indipendenza esterna.

Nella VII disposizione transitoria si è, tuttavia, previsto che, fino all'emanazione della nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la costituzione, continuassero ad applicarsi le norme dell'ordinamento vigente.

La istituzione del Consiglio superiore della magistratura è avvenuta dopo diversi anni con la legge 24 marzo 1958, n. 195, la quale, in attuazione dell'art. 105 cost., ha regolato la composizione e l'organizzazione di tale organo e ha definito i suoi poteri nonché le modalità di designazione dei suoi componenti e la relativa posizione giuridica.

Sull'assunto che le norme della costituzione risultavano incompatibili con qualunque concetto di gerarchia e di carriera e comunque che i concorsi favorivano i magistrati meno impegnati, i quali avevano quindi più tempo da dedicare alla stesura di sentenze elaborate e pubblicazioni scientifiche, la magistratura associata ha fortemente richiesto e ottenuto il varo delle leggi 25 luglio 1966, n. 570, e 20 dicembre 1973, n. 831, che hanno abolito il sistema dei concorsi per l'attribuzione delle funzioni rispettivamente di consigliere di corte d'appello e di consigliere di cassazione, rimesse sostanzialmente alla anzianità nel ruolo precedente (di undici e sette anni).

L'attribuzione di tali qualifiche è stata altresì svincolata dalla vacanza del posto, sicché la progressione (anche economica) è avvenuta automaticamente, senza necessità di mutamenti di sede.

Tali automatismi, uniti alla scomparsa di verifiche periodiche, non hanno certamente giovato alla produttività e all'aggiornamento dei magistrati e possono ipotizzarsi come importanti componenti dell'aumento della durata dei processi, insieme alle deficienze organizzative e di organico ed alla insufficiente erogazione di fondi per le strutture, le dotazioni informatiche e il personale amministrativo.

Nel frattempo, a decorrere dalla metà degli anni sessanta, sono sorte e hanno ottenuto crescenti consensi all'interno dell'Associazione nazionale magistrati, correnti su posizioni dichiaratamente di sinistra: e ciò ha provocato nel tempo alleanze con le forze politiche ritenute ideologicamente più vicine.

Il sistema di elezione dei componenti togati del Consiglio superiore della magistratura, lungamente basato su liste di candidati comuni

di giudici e pubblici ministeri, ha inoltre contribuito a creare sinergie e a cementare la coesione tra le diverse categorie.

E, al riguardo, considerando superato il dettato dell'art. 190 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, il Consiglio superiore della magistratura ha consentito praticamente senza vagli il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa: e questa prassi è proseguita anche dopo la riformulazione della norma ad opera dell'art. 29 del d.p.r. 23 settembre 1988, n. 449, che ha subordinato tale tramutamento alla domanda dell'interessato e soltanto quando il consiglio superiore della magistratura, previo parere del consiglio giudiziario, abbia accertato la sussistenza delle attitudini alle nuove funzioni.

Intrecci corporativi e reciproci interessi di carriera, hanno quindi portato ad una sempre maggiore confusione dei due pur profondamente distinti ruoli, poiché la sostanziale inesistenza di limitazioni al trasferimento dall'una all'altra funzione, consentiva di scegliere la sede più comoda o di accedere a uffici direttivi, indifferentemente come giudice o pubblico ministero.

Effetti perversi sull'opinione pubblica sono stati provocati anche dalla corrente qualificazione dei pubblici ministeri come giudici, che ha creato un convincimento di maggiore attendibilità dei risultati delle indagini e quindi di anticipata colpevolezza, dimenticando che invece si tratta di atti di una parte del processo e che la prova deve essere formata al dibattimento nel contraddittorio, davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

L'abolizione dell'autorizzazione a procedere (art. 11 legge cost. 29 ottobre 1993, n. 3), concepita dai costituenti come strumento per salvaguardare il principio di separazione dei poteri e non esporre i rappresentanti del popolo ad azioni della magistratura senza una preventiva verifica da parte del Parlamento, ha contribuito a rendere più difficili i rapporti tra la magistratura e la classe politica.

Dal canto suo, il Consiglio superiore della magistratura è andato trasformandosi, da organo deputato a garantire l'equilibrio tra i poteri dello Stato e a preservare la indipendenza dell'ordine giudiziario, in consesso a forte valenza politica e di rappresentanza corporativa delle istanze della magistratura associata, adottando deliberazioni e ordini del giorno sempre più spesso critici nei confronti delle scelte operate dalle Camere in materia di giustizia, così travalicando l'ambito dei poteri attribuiti dalla costituzione e dalla legge 24 marzo 1958, n. 195, mentre la sua giurisprudenza disciplinare non è apparsa sufficientemente rigorosa.

Molti magistrati non hanno avuto remore a manifestare apertamente la loro appartenenza politica, così minando l'apparenza di obbiettività degli atti compiuti, ed hanno destato sospetti e discussioni le scelte operate dalle procure della Repubblica in ordine ai reati da perseguire, quasi mai rese note e soggette pertanto alla critica che le opzioni riguardassero spesso la persona da sottoporre a indagini piuttosto che la natura dell'illecito.

La situazione di contrasto con la classe politica è stata particolarmente virulenta nel corso della penultima legislatura, con manifestazioni di protesta spesso dai toni forti e scioperi dei magistrati, da un lato, e attacchi violenti da parte di esponenti della maggioranza contro le c.d. toghe rosse, dall'altro.

In questo duro clima di contrapposizione è stata approvata la riforma dell'ordinamento giudiziario, con la legge 25 luglio 2005, n. 1590, dopo il rinvio alle camere del primo testo ad opera del Presidente della Repubblica, e l'emanazione dei decreti delegati.

I tratti salienti della nuova disciplina hanno riguardato anzitutto l'accesso in magistratura, con l'introduzione dell'obbligo di indicare nella domanda, a pena di inammissibilità, la funzione giudicante o requirente alla quale il candidato intende(va) accedere (art. 1, comma 6, d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160) e la previsione di nuovi requisiti (ad esempio il conseguimento del titolo di dottore di ricerca o del diploma presso le scuole di specializzazione nelle professioni legali o l'abilitazione alla professione forense ovvero, ancora, il pregresso svolgimento di funzioni direttive nelle pubbliche amministrazioni o di magistrato onorario: art. 2) nonché un colloquio di idoneità psico-attitudinale all'esercizio della professione di magistrato, anche in riferimento alle funzioni prescelte, condotto da un professore universitario scelto tra i docenti di una delle classi di laurea in scienze tecniche e psicologiche, il cui esito è valutato collegialmente dalla commissione (artt. 1, comma 7, e 5, comma 1).

È stato pure stabilito che il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti, e viceversa, fosse consentito una sola volta entro il terzo anno di esercizio delle funzioni assunte subito dopo l'espletamento del tirocinio, mediante la partecipazione ad un concorso per titoli e dopo aver frequentato un apposito corso di formazione presso la Scuola superiore della magistratura.

Sono stati, altresì, soppressi i c.d. ruoli aperti, prevedendo la progressione economica automatica per anzianità, ma con accesso alle funzioni giudicanti o requirenti di secondo grado e di legittimità limitato ai posti vacanti.

Altra importante innovazione è rappresentata dalla temporaneità degli incarichi direttivi, ripetutamente sollecitata dalla magistratura associata, discutibilmente esclusa, peraltro, per gli uffici direttivi superiori e superiori apicali di legittimità, riconoscendo al Ministro della giustizia il potere di impugnare le deliberazioni di conferimento di tali incarichi.

Di notevole rilievo è stata l'istituzione della Scuola superiore della magistratura (d. lgs. 30 gennaio 2006, n. 26), con il compito di provvedere alla formazione e all'aggiornamento obbligatorio di tutti i magistrati, anche al fine del passaggio di funzioni, e all'organizzazione e alla gestione del tirocinio degli uditori giudiziari (in passato diretto dal Consiglio superiore della magistratura).

In riferimento alla posizione di vertice dell'organo di legittimità è stato creato il consiglio direttivo della corte di cassazione (d. lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, artt. 1 e 7).

Con lo stesso decreto si sono introdotte nuove disposizioni in materia di consigli giudiziari, con l'allargamento della partecipazione ad essi di quattro componenti non togati (un professore universitario, un avvocato, due nominati dal consiglio regionale e un rappresentante eletto dai giudici di pace), e l'attribuzione della competenza a formulare pareri sulle tabelle degli uffici giudiziari, sull'attività dei magistrati sotto il profilo della laboriosità e preparazione tecnico-professionale, acquisendo le motivate valutazioni del consiglio dell'ordine degli avvocati avente sede nel luogo ove il magistrato esercita le sue funzioni, e di esercitare la vigilanza sull'andamento degli uffici giudiziari del distretto (Titolo II).

Relativamente all'organizzazione delle procure della Repubblica, il d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, ha assegnato al capo dell'ufficio la titolarità esclusiva dell'azione penale, che deve esercitare sotto la sua responsabilità nei modi e nei termini stabiliti dalla legge, assicurando il corretto ed uniforme esercizio della stessa e l'osservanza delle norme sul giusto processo (artt. 1, commi 1 e 2, e 2): gli ha, altresì, riconosciuto il potere di dettare le regole cui i magistrati dell'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'utilizzo delle risorse finanziarie e tecnologiche dell'ufficio e nella impostazione delle indagini (artt. 1, commi 3 e 4, 2 e 4) e ha subordinato al suo previo assenso l'assunzione degli atti che incidano o richiedano di incidere su diritti reali o sulla libertà personale; ha stabilito inoltre che i rapporti con gli organi di informazione vanno tenuti personalmente dal capo dell'ufficio o da un magistrato appositamente delegato (art. 5), mentre il procuratore generale presso la corte d'appello può acquisire notizie e dati al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale (art. 6).

Infine, nel d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, è stata inserita la regolamentazione degli illeciti disciplinari, diretta alla individuazione di fattispecie tipiche e alla distinzione tra quelli compiuti nell'esercizio e fuori dell'esercizio delle funzioni¹, ed è intervenuta una rivisitazione del procedimento applicativo.

Chi scrive ha espresso sulla riforma un giudizio complessivamente positivo, salvo che per il riconoscimento al ministro della giustizia del potere di impugnazione delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura in tema di attribuzione degli uffici direttivi², in quanto i vari decreti hanno tentato di fornire soluzione ai molteplici problemi insorti nel corso degli anni, sopra descritti, in particolare relativamente alla necessità di ricondurre l'attività del Consiglio superiore della magistratura nell'alveo dei poteri a lui attribuiti dalla costituzione e dalla legge istitutiva, travalicati dalla imponente produzione c.d. paranormativa e dalla pretesa di interferire sulla produzione normativa con interventi di natura politica non confacenti alla struttura dell'organo e alla ormai indilazionabile esigenza di introdurre seri meccanismi di verifica periodica della preparazione tecnica e della laboriosità dei magistrati e di più chiare e stringenti regole disciplinari, a tutela del bene primario dell'indipendenza e imparzialità, anche sotto il profilo dell'apparenza, dei giudicanti, ma pure dei requirenti.

Le critiche della magistratura associata e del consiglio superiore della magistratura a queste innovazioni sono state invece vibranti.

Relativamente ai nuovi requisiti di partecipazione al concorso, è

¹ Tra i primi meritano di essere segnalati la grave violazione di legge o il travisamento del fatto determinati da ignoranza o negligenza inescusabili, il perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia, l'emissione di provvedimenti privi di motivazione o abnormi, il reiterato e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni, la divulgazione di atti del procedimento coperti da segreto e la tenuta di rapporti con organi di informazione, l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge (art. 2).

Tra i secondi appaiono di particolare interesse la frequentazione di persone sottoposte a procedimento penale o a misure di prevenzione, la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine ad un procedimento in corso, la partecipazione ad associazioni segrete, l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannino l'immagine del magistrato, ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità, anche sotto il profilo dell'apparenza (art. 3).

² Si veda GUALTIERI, *Ordinamento giudiziario: una riforma in bilico*, in *Giust. pen.*, 2006, III, p. 257 ss., alla cui analisi si rinvia per maggiori approfondimenti.

stato affermato trattarsi di una forma di concorso di secondo grado, che innalza l'età dell'accesso e rischia di introdurre una selezione per censo, ponendosi in contrasto con la *ratio* della previsione costituzionale del pubblico concorso, che "tende a far coincidere la composizione socio-culturale della magistratura con quella della società civile"³.

Ma a questa tesi può agevolmente replicarsi che gli evidenti ed apprezzabili fini della normativa sono il contenimento del numero dei candidati, risultato tanto eccessivo negli ultimi anni da aver consigliato l'adozione di prove di preselezione, onde ridurre i lunghi tempi di espletamento delle prove, nonché l'innalzamento del livello qualitativo degli aspiranti, quanto mai opportuno in riferimento alla delicatissima e importante funzione che essi saranno chiamati a svolgere: inoltre, l'elevazione dell'età, peraltro contenuta dalla prevedibile abbreviazione delle procedure, presenta l'aspetto positivo del raggiungimento di una maggiore maturità e, considerato il diffuso benessere della nostra società, non provoca certamente disuguaglianze economiche. Né viene posto in discussione il reclutamento per pubblico concorso, aperto dunque a tutti i cittadini, senza discriminazioni.

Non è nemmeno condivisibile la censura secondo cui "la previsione di test psico-attitudinali, rimettendo la possibilità di accesso in magistratura a valutazioni tecniche incontrollabili, frustra la garanzia di oggettività e imparzialità della selezione per pubblico concorso affidato alla responsabilità di un organo di governo autonomo"⁴.

In proposito va rilevato che questo vaglio è espressamente previsto per la nomina di avvocati e professori universitari a consigliere di casazione (art. 2, comma 1, lett. d), legg. 5 agosto 1998, n. 303) e per i

³ Parere espresso l'11 gennaio 2006 dal consiglio superiore sullo schema di decreto legislativo, in *Foro it.*, 2006, III, p. 104; per la tesi per cui il reclutamento per pubblico concorso opererebbe una sorta di prelevamento di campione, che riprodurrebbe naturalmente le diversità esistenti nei soggetti rispetto ai quali tale campionatura avviene e consentirebbe l'ingresso nella magistratura di tutte le opinioni di partenza che si riscontrano nella realtà del paese, cfr. BORRÈ-MARTINELLI-ROVELLI, *Unità e varietà nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1971, V, p. 45 ss.

⁴ Così il Parere espresso l'11 gennaio 2006 dal consiglio superiore sullo schema di decreto legislativo, in *Foro it.*, 2006, III, p. 104. Cfr. tuttavia PIZZORUSSO, *Organizzazione della giustizia*, in *Enc. dir.* IV Agg., Milano 2000, il quale ha denunciato che "nessun serio tentativo è mai stato compiuto per rendere possibile l'accertamento del possesso delle doti fisio-psichiche e della formazione culturale generale, che sono del pari necessarie per l'esercizio delle funzioni giudiziarie (probabilmente anche in questo caso per la difficoltà di ottenere valutazioni affidabili)".

magistrati onorari, compresi i giudici di pace (artt. 42 *ter*, comma 2, lett. c), 71, ord. giud. e 5, comma 1, lett. e), legge 21 novembre 1991, n. 374), e dunque ad esso si devono già sottoporre quanti intendono accedere a funzioni giudiziarie, anche in via temporanea, e provengono da altre attività nelle quali hanno dato dimostrazione della loro personalità e del loro equilibrio: risulta davvero difficile comprendere perché il medesimo principio non debba essere applicato a chi si appresta a svolgere tali funzioni permanentemente.

E il rischio prospettato che questo divenga uno strumento per “ottenere in partenza una omologazione dei giovani aspiranti magistrati ad un modello soggettivo precostituito, subordinando la loro assunzione al *placet* di esperti che non si limitano a valutare la loro sanità fisica e mentale, ma entrano nel merito della loro attitudine a svolgere funzioni giudiziarie”⁵, appare frutto di ingiustificate illazioni: insomma, ciò che (gratuitamente) si ipotizza è un comportamento profondamente scorretto del professore universitario specializzato nella materia e degli altri componenti della commissione (in larga maggioranza magistrati), i quali, ancorché designati dal Consiglio superiore della magistratura, sarebbero asserviti (si suppone) al potere esecutivo ed esorbindo dai loro compiti e doveri, violerebbero la legge o, quanto meno, ne farebbero un uso strumentale al fine di escludere dall’accesso in magistratura candidati non omologati (ma a cosa? e a chi?).

Altra e diversa questione è se possa considerarsi sufficiente un semplice colloquio per un accertamento così delicato: sarebbe quindi opportuna una migliore specificazione delle modalità di accertamento del requisito, attraverso l’adozione del modello diagnostico psicoanalitico proposto per il reclutamento dei magistrati all’esito di una specifica indagine pluridisciplinare effettuata in passato sul tema⁶, con gli eventuali aggiornamenti suggeriti dalla evoluzione della materia⁷.

⁵ GIOVANETTI, *L’accesso alla magistratura*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 15, il quale aggiunge di condividere i dubbi di quanti hanno sottolineato come questa prova, secondo una logica propria di una organizzazione aziendale di tipo gerarchico-verticistico, ma certamente estranea alla natura e alle caratteristiche del potere giudiziario (l’opinione riferita è di Silvestri, *L’organizzazione giudiziaria*, relazione al Convegno dell’Aic del 2004).

⁶ PEDRAZZI-DI FEDERICO-ERMENTINI-GULOTTA, MENEGHELLO-MESCHIERI-ONOFRI-PAJARDI, *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976, i quali danno conto dell’esito di studi e ricerche mirate in materia.

⁷ Si veda il modello diagnostico psicoanalitico per il reclutamento dei magistrati proposto nell’opera citata alla nota precedente e redatto da GULOTTA, p. 149 ss..

Ad avviso di chi scrive, non sono fondate neanche le censure rivolte all'indicazione obbligatoria dell'area funzionale requirente o giudicante al momento della domanda di ammissione al concorso e sul divieto di mutamento di esse dopo cinque anni dall'ingresso in magistratura, che si porrebbe in contrasto con l'art. 102, comma 1, cost., che attribuisce l'esercizio della funzione giurisdizionale indifferente ai giudici e ai pubblici ministeri, e con l'art. 104, che considera gli stessi giudici e pubblici ministeri componenti di un unico ordine⁸.

Invero, non sembra possano sussistere dubbi in ordine alla circostanza che le professionalità richieste per le funzioni di pubblico ministero e giudice siano profondamente diverse. Il primo deve svolgere un ruolo attivo di investigazione e ricerca degli elementi di prova necessari per sostenere l'accusa in giudizio, dirigendo e controllando la polizia giudiziaria; il secondo, al contrario, riveste una posizione passiva di arbitro tra le tesi dialetticamente contrapposte delle parti.

Né assume rilevanza l'osservazione per cui, separando nettamente le funzioni (o meglio ancora le carriere), il pubblico ministero perderebbe la c.d. cultura della giurisdizione e diverrebbe un super poliziotto. Intanto, un magistrato requirente con una forte caratterizzazione di parte non è suscettibile di creare allarmi o timori se si ha la certezza che le decisioni saranno assunte da un giudice terzo ed imparziale, non condizionabile, nemmeno psicologicamente, da rapporti di colleganza o di appartenenza a comuni formazioni sindacali.

Ma, soprattutto, nel vigente sistema processuale, ai magistrati requirenti non si richiede affatto tale cultura, che appartiene soltanto ai giudici.

Allorquando ha definito i canoni del giusto processo, la corte costituzionale ha osservato che in questa formula si compendiano i principi che la costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio, e comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: "imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di terzietà che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale, quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio"⁹; e la corte europea dei diritti umani ha qualificato diritti

⁸ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia*, approvato dal plenum del C.S.M. il 27 luglio 2006, cit., VI e VII.

⁹ Corte cost. 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1491.

soggettivi le garanzie dell'indipendenza e imparzialità del giudice, sottolineando l'importanza che esse appaiano anche tali¹⁰.

Anche dal punto di vista normativo, interno (artt. 101, comma 2, e 111 cost., e 1 c.p.p.) ed internazionale (artt. 6, comma 1, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e 14, comma 1, Patto internazionale sui diritti civili e politici, resi esecutivi in Italia rispettivamente, con le leggi 4 agosto 1955, n. 848, e 25 ottobre 1977, n. 881) queste caratteristiche sono riservate ai magistrati giudicanti, mentre il ruolo riconosciuto ai rappresentanti dell'accusa è quello di parte, su un piano di parità con la difesa dell'imputato.

Ai pubblici ministeri si deve, quindi, richiedere la cultura della legalità, che deve essere patrimonio anche della classe forense: e se la varietà e pluralità delle esperienze rappresenta un arricchimento irrinunciabile, non si comprende perché, allora, tale fungibilità non debba venire parimenti riconosciuta agli avvocati.

Il pericolo derivante da una stretta contiguità tra le due figure, semmai, è quello contrario di permeare il giudice della cultura dell'accusa, inducendolo ad assumere un ruolo attivo di integrazione della prova a carico dell'imputato, in una distorta visione del processo penale come strumento di lotta alla criminalità e ricerca della verità sostanziale (come purtroppo ha dimostrato l'esperienza pratica nell'applicazione degli artt. 441, comma 5, e 507 c.p.p.), abdicando, così, alla sua posizione di neutralità.

Una netta e definitiva separazione tra magistrati requirenti e giudicanti avrebbe, inoltre, il benefico effetto di fare chiarezza nelle percezioni e valutazioni dell'opinione pubblica, in quanto, si spera, provocherebbe la cessazione del malvezzo di denominare giudici gli appartenenti agli uffici requirenti, che oggi contribuisce a rendere maggiormente credibili e fondate, già quasi un giudizio di colpevolezza, quelle che invece sono e devono restare acquisizioni di una parte.

Va infine ricordato che la stessa corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del referendum abrogativo degli artt. 190, comma 2, 191, 192, comma 6, e 198, della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, ha osservato che "Non può dirsi che il quesito investa disposizioni il cui contenuto normativo essenziale sia costi-

¹⁰ Da ultimo, Corte eur. 28 gennaio 2003, Dell'Utri c. Italia, in *Cass. pen.* 2003, p. 2064.

tuzionalmente vincolato, così da violare sostanzialmente il divieto di sottoporre a referendum abrogativo norme della costituzione o di altre leggi costituzionali. La costituzione, infatti, pur considerando la magistratura come un unico ordine, soggetto ai poteri dell'unico consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni”¹¹.

Pur dovendosi riconoscere la farraginosità della regola dei concorsi ai fini della progressione nelle funzioni introdotta dalla riforma (ed eliminata dalla controriforma), non paiono cogliere nel segno le censure rivolte al riguardo dal Consiglio superiore della magistratura, che lo ha definito un sistema “ingiusto (perché penalizza i magistrati più impegnati nel lavoro giudiziario); inadeguato (perché inidoneo a valutare laboriosità, equilibrio, imparzialità e indipendenza); controproducente (perché distoglie i magistrati dal lavoro giudiziario, sia in quanto esaminatori, sia in quanto concorrenti)”, oltre a tradursi, assieme ad altre norme, in una limitazione dei poteri che la costituzione assegna al Consiglio superiore della magistratura¹².

L'art. 101, comma 2, cost., stabilisce che i giudici sono soggetti soltanto alla legge: ma tale precetto è diretto a garantire l'assoluta libertà e l'indipendenza interna ed esterna unicamente nel momento della decisione, che deve essere scevra da ogni condizionamento¹³.

Attesa la strutturazione dei processi su diversi gradi di giudizio,

¹¹ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 37, in *Foro it.*, 2000, I, p. 733: il referendum non ha raggiunto il prescritto *quorum*, pur avendo ricevuto il voto favorevole di oltre otto milioni di cittadini.

In materia per ulteriori riferimenti, si veda, volendo, GUALTIERI, *La separazione delle carriere: previ riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1409 ss.

¹² *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia*, approvata dal *plenum* il 27 luglio 2006, cit., III.

¹³ I poteri di assegnazione degli affari giudiziari riconosciuti ai capi degli uffici (anche ai fini di sorveglianza e in prospettiva disciplinare) sono inidonei ad inficiare l'assunto appena esposto: inoltre, essi trovano limitazioni nelle tabelle approvate dal consiglio superiore della magistratura, tendenti ad ottenere il rispetto del principio della naturalità e precostituzione del giudice, sancita dall'art. 25 cost.. In questo senso e con questi limiti deve essere negato il concetto di gerarchia tra i giudici. Sulla riferibilità ai soli giudici del principio fissato dall'art. 101, comma 2, cost., si veda *supra* la nota 2.

non può pertanto considerarsi lesiva di principi costituzionali la previsione di una progressione economica e di funzioni, sottoposta a controlli.

Tuttavia, non va dimenticato che l'art. 105 cost. parla espressamente di «promozioni»¹⁴, espressione tipica di uno svolgimento di carriera, e che l'acquisizione delle qualifiche superiori conferisce maggiore prestigio e apre la strada al conseguimento di incarichi direttivi.

Non solo. L'art. 104, comma 4, cost. prevede che i magistrati appartengano a «varie categorie» e lo stesso art. 107, comma 3, riconosce che le funzioni dei magistrati possano essere «diverse».

Relativamente all'assetto degli uffici della procura della Repubblica, il Consiglio superiore della magistratura ha affermato le nuove disposizioni segnerebbero un notevole passo indietro, in quanto la radicale gerarchia introdotta si porrebbe in contrasto con gli artt. 101, comma 2, cost., poiché mette in forte pericolo la soggezione soltanto alla legge del magistrato ad esso addetto, e 107, comma 3, cost., secondo cui i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni: e il profilo sarebbe ancor più fortemente palesato dalla norma che prevede in capo al procuratore generale il potere di controllo sul corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, sull'osservanza delle norme sul giusto processo, sul corretto esercizio dei poteri del procuratore della Repubblica, creando così una sorta di «vertice dei vertici, caratterizzato da un ulteriore rafforzamento della gerarchizzazione dei rapporti che va ben oltre la mera necessità di direzione, controllo e coordinamento e che pare porsi in contrasto con i valori fondamentali della giurisdizione». La

¹⁴ Osserva in proposito DI FEDERICO, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, p. 610, che non esiste nessuna indicazione che l'attuale costituzione, assegnando al CSM il compito di effettuare le «promozioni» dei magistrati, volesse attribuire a quel termine un significato diverso da quello che ha nella lingua italiana, cioè di una attività «con cui si conferisce il passaggio ad un grado, a una qualifica, a una dignità superiore di quella che uno ha». BONIFACIO-GIACOBBE, *Commento all'art. 105 cost.*, in *Commentario della costituzione* (a cura di Branca), *La magistratura*, tomo II, Bologna, 1986, p. 86 ss., sostiene invece che la disposizione deve essere inserita e coordinata nel complesso organico di norme dettate dalla costituzione per disciplinare la magistratura, che esclude ogni strutturazione gerarchica di essa: conseguentemente, potrebbe ritenersi che il richiamo al meccanismo delle promozioni, per un verso, abbia un preciso contenuto temporaneo e transitorio, e per altro verso, rappresenti la chiara indicazione che ogni atto relativo allo stato giuridico del magistrato (e quindi anche la «promozione», ove questa dovesse sussistere ed essere ritenuta compatibile con il complesso sistema costituzionale) deve essere riservata alla competenza esclusiva del Consiglio.

scelta lederebbe altresì l'effettiva attuazione del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale e comprimerebbe le prerogative del consiglio superiore, al quale non è riconosciuto alcuno spazio di intervento nelle ipotesi di contrasto o divergenze tra magistrato e procuratore e neanche rispetto alle scelte che definiscono l'assetto complessivo dell'ufficio, specie in relazione alla designazione del vicario. Ed infine è stata valutata negativamente la disposizione relativa ai rapporti con i *media*, riservati al capo dell'ufficio o ad altro magistrato da lui delegato, che sembra avere un ambito applicativo più vasto di quello degli atti coperti da segreto investigativo che meritava di essere trattato con normativa di più ampio respiro, auspicabilmente applicabile non solo alle Procure, ma a tutti gli uffici giudiziari, alla luce della delicatezza e della rilevanza dei diritti anche costituzionali in gioco, non ultimi quelli alla manifestazione del pensiero, alla tutela della privacy dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, al buon andamento della pubblica amministrazione e alla presunzione di non colpevolezza¹⁵.

Queste argomentazioni critiche non sono per nulla condivisibili.

Non si tratta, in effetti, di innovazioni tali da scardinare il sistema, bensì di interventi diretti a razionalizzarlo, non essendo contestabile che gli uffici del pubblico ministero siano sempre stati tradizionalmente e normativamente regolati secondo i principi della unità, indivisibilità e impersonalità e della gerarchia tra dirigente e sostituti (e l'uso di questo termine è significativo): e la materia appare totalmente estranea alle competenze del Consiglio superiore, determinate dall'art. 105 cost.

¹⁵ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia*, cit., XX ss. Si veda anche, sulla stessa falsariga, SCARSELLI, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 28, il quale si spinge a sostenere (c. 29) che "prima della riforma erano indipendenti tutti i giudici (sic!) del pubblico ministero, ora solo i capi degli uffici", peraltro "sotto l'occhio vigile del procuratore generale, ed è funzione dirigenziale sotto l'occhio vigile del ministero della giustizia": ed aggiunge che "prima della riforma la scelta dei capi degli uffici spettava interamente all'organo di autogoverno della magistratura, ora anche ad una commissione cui partecipano componenti laiche ed anche (per il parere) al ministro della giustizia"; dimenticando alcuni particolari non proprio trascurabili, quali che il procuratore generale non dipende affatto dal ministro, che ai sensi dell'art. 69 ord. giud. 1941, i poteri del pubblico ministero sono esercitati sotto la vigilanza del ministro della giustizia, che il procuratore generale presso la corte d'appello esercita a sua volta la sorveglianza sui magistrati e sugli delle procure del distretto (art. 16 r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, come sostituito dall'art. 30 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449). e che la designazione dei capi degli uffici ha sempre richiesto il "concerto" del ministro (art. 11, comma 3, legge 24 marzo 1958, n. 195).

Sconcerta, altresì, la pervicacia con la quale si insiste sull'applicabilità ai magistrati del pubblico ministero dell'art. 101, comma 2, cost., invece chiaramente riferibile soltanto ai giudici, e su una lettura dell'art. 107, commi 3 e 4, cost. sconfessata dalla corte costituzionale e dalla dottrina largamente maggioritaria¹⁶.

Lascia, parimenti, perplessi l'affermazione del Consiglio superiore che l'obbligatorietà dell'azione disciplinare provocherebbe, con l'aumento del numero di magistrati inquisiti, un "conseguente effetto intimidatorio e di spinta al conformismo giurisprudenziale e all'assunzione di un ruolo meramente burocratico"¹⁷.

La tipizzazione degli illeciti è un'antica rivendicazione dei magistrati ed ha un contenuto certamente garantista, servendo a circoscrivere in modo più preciso i limiti di liceità delle condotte: la norma di chiusura contenuta nell'art. 3, lett. 1) ("ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità dei magistrati, anche sotto il profilo dell'apparenza") appare ineccepibile, in quanto i valori tutelati dalle norme sono "da un lato la fiducia e la considerazione di cui deve godere ciascun magistrato e dall'altro il prestigio dell'ordine giudiziario".

La maggioranza scaturita dalle elezioni del 2006 ha attuato una rapida controriforma, prima attraverso l'introduzione di modifiche ad alcuni decreti legislativi emanati in attuazione della delega e la sospensione dell'efficacia delle altre disposizioni (legge 14 ottobre 2006, n. 269) e successivamente con la legge 30 luglio 2007, n. 111, che ha inciso su punti qualificanti del precedente provvedimento.

Sono stati infatti eliminati l'obbligo del candidato di specificare nella domanda di partecipazione al concorso se intendeva accedere alle funzioni giudicanti o requirenti e la sua sottoposizione al test psico-attitudinale.

È intervenuta l'abrogazione del sistema dei concorsi interni, sostituita da una verifica quadriennale della professionalità, affidata al consiglio superiore della magistratura, previo parere del consiglio giudiziario, al

¹⁶ Cfr. per tutti, GUASTINI, *Commento all'art. 101 cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca-Pizzonesso), *La magistratura*, tomo I, Bologna, 1994, p. 173 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 211; Corte cost. 16 dicembre 1970, n. 190, in *Foro it.*, 1971, I, p. 8; Corte cost. 16 marzo 1976, n. 52, in *Giur. cost.*, 1976, p. 388; *contra*, Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88 (in *Giust. pen.*, 1991, I, p. 165 ss.

¹⁷ Parere 18 gennaio 2006 sullo schema di decreto riguardante la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, in *Foro it.*, 2006, III, p. 97.

cui esito positivo sono stati condizionati il conferimento e la progressione nelle funzioni, che avvengono attraverso un concorso per titoli.

Il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa è stato vietato all'interno dello stesso distretto ed è stato subordinato ad una procedura concorsuale e alla partecipazione ad un corso di qualificazione professionale..

Sono state, altresì, profondamente modificate le norme sulla struttura, le finalità e le modalità di funzionamento della scuola superiore della magistratura, sul consiglio direttivo della corte di cassazione e sulla composizione dei consigli giudiziari, ridimensionando in particolare il ruolo degli avvocati.

Sono state invece di minor rilievo le innovazioni in materia di organizzazione degli uffici del pubblico ministero e di responsabilità disciplinare ed è stata mantenuta la temporaneità degli uffici direttivi.

Il nuovo assetto normativo ha quindi indotto ad organizzare un incontro di studio, al fine di confrontare la situazione normativa interna in tema di indipendenza, professionalità e responsabilità dei magistrati con quella dei principali Paesi europei e con le regole enunciate dal consiglio di Europa.

Il quadro scaturito dalle relazioni svolte da illustri studiosi ha evidenziato come la tutela della indipendenza e della terzietà sia assicurata soltanto ai giudici, mentre i pubblici ministeri sono di regola posti alle dipendenze del potere esecutivo e l'azione penale non è inderogabilmente obbligatoria.

A quest'ultimo proposito, va osservato come la discrezionalità nel perseguimento dei reati può essere giustificata affidando i relativi controlli e le conseguenti responsabilità ad un organo politico, appunto il Ministro della giustizia, al quale dovrebbero essere in questo subordinati i magistrati requirenti, come forse permetterebbe anche in Italia il contenuto dell'art. 107, comma 4, cost., che rinvia alla legge sull'ordinamento giudiziario la determinazione delle garanzie da riconoscere al pubblico ministero.

Epilogo, tuttavia, non auspicato da chi scrive, che vede con maggior favore il mantenimento della obbligatorietà dell'azione penale a tutela dell'effettivo rispetto del principio di uguaglianza e della indipendenza degli stessi pubblici ministeri¹⁸ ed eventualmente e semmai la fissazione di criteri di priorità da parte del Parlamento.

¹⁸ A puro titolo esemplificativo, si indicano una ulteriore e più incisiva depenalizzazione (pur non nascondendo i riflessi che ciò comporta sui carichi della giustizia

civile), l'estensione dei casi perseguibilità a querela di parte, la generalizzazione degli istituti della improcedibilità per particolare tenuità del fatto e di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, e soprattutto più stringenti verifiche sulla laboriosità dei magistrati ed ampliamenti di organico. Va in proposito rammentato che nella Raccomandazione n. 12 (1987) adottata il 17 settembre 1987 dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, si auspica che "il principio di opportunità venga introdotto pur nel rispetto del contesto storico di ciascuno degli Stati membri".

Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale, anche con riferimenti di diritto comparato, cfr. AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994; AA.VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, (a cura di Gaito), Napoli, 1991; CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995; AA.VV., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale* (a cura di Tirelli), Milano, 1998; GREVI, *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 443; GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984; Nobili, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 173; RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 373; UBERTIS, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1891; si veda anche recentemente, QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004.

Corte cost. 8 settembre 1995, n. 420, in *Arch.nuova proc. pen.*, 1995, p. 785 ss., con richiamo dei precedenti conformi, evidenzia proprio come l'obbligatorietà dell'azione penale sia punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale e costituisca la fonte essenziale della garanzia di indipendenza del pubblico ministero, come già ritenuto nella decisione n. 88 del 1991, in *Giust. pen.*, 1991, I, p. 165 ss.

Per una forte presa di posizione in favore dell'introduzione del principio di discrezionalità, di fatto già presente nell'ordinamento, si vedano i numerosi scritti di Di Federico, oggi raccolti in DI FEDERICO, *Manuale di ordinamento giudiziario*, cit. p. 422 ss., 441 ss., 455 ss., 596 ss.